Vormerkung und guter Glaube im Grundbuch

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Paul Katz

aus Beuthen (O.-Schl.)

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1928

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Schott

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548228_0044

Inhalt.

Seite

A. Einleitung.

1. Grund für die Einrichtung des Instituts der Vormerkung . . . 1
2. Geschichtliche Entwicklung der Vormerkung 2
   a) Die „Protestation“ in der Hypothekenordnung von 1723 . . 2
   b) Die Vormerkung im preuß. Landrecht 3
   c) Die Stellungnahme der Grundbuchordnung von 1872 . . . 3

B. Das Wesen der Vormerkung in der Vorgeschichte des BGB.

1. Der Standpunkt der ersten und zweiten Kommission 5
2. Die Interpretation der Wissenschaft für die jetzige Fassung durch das BGB. 6

C. Ist ein gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung möglich?

1. Gemäß § 892? 9
2. Gemäß § 893? 13
   a) Was ist unter einer Verfügung im Sinne von § 893 zu verstehen? 13
   b) Erfüllt die Vormerkung die Voraussetzung des Verfügungsbegriffs? 15
   c) Die Rechtsfolgen, die sich an den Erwerb der Vormerkung knüpfen 25

D. Das Erlöschen der Vormerkung.

1. Im Falle der endgültigen Eintragung 29
2. Bei Bewilligung des Berechtigten 29
3. Falls der gesicherte Anspruch erlischt 29
4. Der Fall des Erlöschens auf Antrag des Verpflichteten 30
5. Bei Eintragung von Amts wegen 31
6. Ausschluß der gesicherten Rechte (§ 887 BGB.) 31

Literatur.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Recht. 1914.

— Widerspruch und Vormerkung. 1901.

v. Brünneck, Über den Ursprung des sogenannten „ius ad rem". 1869.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1905.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht. 1908.

Dernburg und Hinrichs, Das preußische Hypothekenrecht. 1877.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1905.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 1923.

Gräwell, Theorie der hypothekarischen Protestationen. 1815.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Heinrich, Die Wirkungen der Vormerkung 1911. Diss.

Jherings Jahrbücher.

Juristische Rundschau.

Juristische Wochenschrift.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1906.

Lindemann-Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch. 1926.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe 1888.

Neumann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1912.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 1909.

— Die preußischen Grundbuchgesetze unter Berücksichtigung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1896.

Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung. 1902.

Philipsen, Die Vormerkung. 1903.

Planck-Strecker, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III. 1915.
Planck-Strohal, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. 1913.
Predari, Die Grundbuchordnung. 1913.
Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB. 1899.
Rechtsprechung in Aufwertungssachen.
Kommentar der Reichsgerichtsräte. 1923.
Rosenberg, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1919.
Sohm, Der Gegenstand. 1907.
Staudinger-Kober, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1925.
Strohal, Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten? Dekanatsprogramm. 1904.
Vervier, Wesen und Wirkung der Vormerkung. Diss. 1903.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1924.
Weigelt, Vormerkung und Widerspruch nach deutschem Grundbuchrecht. Diss. 1901.
Wolff, Das Sachenrecht. 1926.

A. 1. Infolge des Eintragungs- und Publizitätsprinzips ist die Verwirklichung der Ansprüche auf Berichtigung des Grundbuches, da wo sein Inhalt mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmt, sowie auf Änderung der vorhandenen Rechtslage durch Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an dem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts fortwährend der Gefahr der Vereitelung dieser Verwirklichung dadurch ausgesetzt, daß ein mit dieser Verwirklichung nicht zu vereinbarender Erwerb im guten Glauben inzwischen erfolgt.

Hierdurch wird natürlich die Rechtssicherheit, die der Endzweck des gesamten Grundbuchsystems ist, in erheblicher Weise in Frage gestellt. Das Gesetz müßte also ein Mittel schaffen, um dieser Gefahr wirkungsvoll entgegenzutreten. Im Anschluß an die historische Entwicklung gestattet das BGB. die Eintragung dieser Ansprüche in das Grundbuch, indem es jedoch in Gegensatz zu dem bisherigen Rechte zwischen dem Widerspruch und der Vormerkung unterscheidet: Der Widerspruch soll die Sicherung des Anspruchs auf Berichtigung der Bücher ermöglichen, die Vormerkung der Sicherung des Anspruchs auf Vornahme einer Verfügung dienen[1]). Hier interessiert in erster Linie die Vormerkung.

[1]) Vgl. hierzu die andere Ansicht von Weigelt S. 11.

2. Bei der Betrachtung der Entwicklung, die die Vormerkung in den einzelnen Gesetzen genommen hat, ist es wohl am besten, beim Jahr 1723 zu beginnen.

a) Die preußische Hypothekenordnung aus diesem Jahre befaßt sich mit vorläufigen Eintragungen noch gar nicht. Die ersten Anfänge finden sich erst in der Hypothekenordnung vom 4. August 1750, wo im § 32 [2]) die vorläufige Eintragung „Protestation" genannt wird. Später, in der Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 wird diese dann eingehender ausgestaltet. Es werden aber auch hier nur Realansprüche behandelt, d. h. es ist nur die Protestation [3]) zum Schutze dinglicher Rechte an einem Grundstück bekannt. S. 289 HO. II lautet: „Protestationen werden eingelegt, wenn jemand einen Realanspruch an einem Grundstück behauptet, den er aber sofort liquid zu machen ohne seine Schuld verhindert ist." Zu den Protestationen wurde ferner noch die Eintragung von Arresten gerechnet [4]). Der Auffassung, die man jetzt von

[2]) *„Wenn sich begiebet, dass eine Forderung noch nicht eingetragen werden kann, weil sie in quali und quanto nicht ausgemacht, oder deshalb in lite befangen ist; so lieget demjenigen, der dergleichen Praetensiones hat, ob, solches dem Gericht anzuzeigen und zu bitten, dass, ehe und bevor dieselbe ausgemacht, nichts zu ihrem Praejudiz in das Grund- und Hypothequen-Buch eingetragen werde, welche Protestation dann das Gericht dem Grund- und Hypothequen-Buch und denen daraus ertheilenden Scheinen inseriren muss, allermassen dadurch das Recht desjenigen, welcher die Protestation einleget, ungekränket bleibet, mithin auch, wenn jemand derselben ungeachtet nachher seine Forderung in das Hypothequen-Buch eintragen lässet, dennoch keinen Vorzug haben, sondern vielmehr nachstehen muss."*

[3]) HypothOrdn. vom 20. Dez. 1783 II §§ 289—300, 153.

[4]) Vgl. Gräwell, Theorie der hypothekarischen Protestationen 1815 S. 50ff.; Entscheid. des Obertribunals vom 20. Mai 1842 Bd. 3 S. 57;

der Vormerkung hat, nämlich daß sie obligatorische Ansprüche sichern soll, steht das Gesetz ablehnend gegenüber, indem es § 290 Titel II bestimmt: „Wegen bloß persönlicher Anforderung findet keine Protestation statt."

b) Das preußische Landrecht brachte die Institution des jus ad rem, jener Brücke zwischen den Gegensätzen, die das Römische Recht durch die Zweiteilung in Persönliches und Dingliches Recht schuf. Hier nun liegt auch die nächste Stufe im Entwicklungsgang der Vormerkung. Die „Rechte zur Sache" [5]), die das ALR. neben den „Rechten an der Sache" anerkannte, gaben dem zur Sache Berechtigten ein Anfechtungsrecht gegenüber dem späteren schlechtgläubigen Erwerber. Diese Vorschriften wirkten in der Praxis auch auf die Hypothekenordnung, so daß man bald die Rechte zur Sache den Realansprüchen gleichstellte [6]). Durch die Novelle vom 24. Mai 1853 sind wesentliche Änderungen in bezug auf vorläufige Eintragungen nicht entstanden.

c) Von erhöhter Bedeutung sind das Eigentumserwerbsgesetz und die Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 [7]). Denn hier liegt der Ursprung der Vormerkung, die der Sicherung bloß persönlicher Ansprüche dient. Daß eine solche geschaffen wurde, war deshalb so wichtig, weil man sich für die Publizität des Grundbuches an Stelle der bisherigen Wirkungen des ius ad rem entschieden hatte [8]). Nun hat

---

die Eintragung von Arrestprotestationen wurde anerkannt von Hypoth.-Ordn. vom 24. Mai 1853.

[5]) ALR. I, 19 § 5, I, 10 § 25; v. Brünneck, Über den Ursprung des Jus ad rem. Vgl. auch ALR. I, 20 §§ 417—421.

[6]) Vgl. Oberneck, Die preuß. Grundbuchgesetze S. 33.

[7]) Vgl. Biermann S. 9ff.

[8]) Biermann S. 12, 13.

zwar das Gesetz nur die eine Bezeichnung „Vormerkung", unterscheidet aber trotzdem zwei einander durchaus unähnliche Institute:

1. eine Vormerkung zum Schutze eines bestehenden dinglichen Rechts oder zum Schutze gegen ein nicht bestehendes aber eingetragenes dingliches Recht an einem Grundstück (§§ 8 exkl. 1. Reihe, 9, 16, 60 EEG., §§ 88, 102 GBO. vom 5. Mai 1872);
2. eine Vormerkung zum Schutze eines obligatorischen Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines dinglichen Rechts, insonderheit auf Auflassung des Eigentums oder auf Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld (§§ 8 I. Reihe, 22, 60 EEG., §§ 64, 88 GBO.).

Dies ist wohl auch die Einteilung, an die sich der Gesetzgeber gehalten hat[9]). Demgegenüber scheint die Unterscheidung zwischen echten — erzwungenen und unechten — konsentierten Vormerkungen wohl auch nach Ansicht der Autoren von untergeordneter Bedeutung zu sein[10]). Wenn auch stellenweise diese klare Unterscheidung nicht bis in die letzte Konsequenz durchgeführt wird — das Gesetz hat, z. B. für beide Begriffe den gleichen terminus gewählt — so ist die hier gewählte Einteilung trotzdem von einschneidender Bedeutung, denn sie ist auch bezeichnend für die Entwicklung der Vormerkung, die in den beiden Gesetzen vom 5. Mai 1872 bereits nahezu zum Abschluß gekommen ist, denn das Gesetz vom 13. Juli 1883 hat hinsichtlich der

[9]) Vgl. Motive Bd. 3 S. 238.

[10]) Dernburg und Hinrichs, Das preußische Hypothekenrecht S. 352—356.

heutigen Vormerkung eine wesentliche Änderung nicht getroffen. Die zuerst genannte Vormerkung deckt sich im wesentlichen mit dem „Widerspruch“ der §§ 899, 894 des Bürgerlichen Gesetzbuches, während die unter Ziffer 2 angeführte Art in der Hauptsache mit der auch vom BGB. „Vormerkung“ genannten Institution identisch ist.

B. Die bisher geschilderte natürliche Entwicklung schien plötzlich durch den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches gestört und in das Stadium der Hypothekenordnung von 1783 zurückversetzt werden zu sollen.

1. In der ersten Kommission zur Beratung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches nahm man zur Frage der Aufnahme einer Vormerkung zur Sicherung von obligatorischen Ansprüchen auf Bestellung von Rechten an Liegenschaften und an solchen Rechten ablehnende Stellung[11]). Infolge dieser Ablehnung wurden zahlreiche Bundesregierungen vorstellig und setzten sich für Aufstellung der Norm eines solchen Institutes aufs wärmste ein. Daraufhin wurde von der II. Kommission diese Frage nochmals zur Diskussion gestellt. Das Institut gelangte zur Annahme und fand im Gesetze seine hauptsächlichste Regelung in den §§ 883—888 BGB., sowie in verschiedenen Nebenbestimmungen in mehreren Reichsgesetzen, so hauptsächlich in §§ 14, 24, 193 KO., § 48 ZVG. und in den §§ 18, 25, 76 GBO.; ferner auch in den Ausführungsbestimmungen der einzelnen Bundesstaaten.

Aus den Protokollen der II. Kommission läßt sich kaum erkennen, welchen prinzipiellen Standpunkt die Autoren des Gesetzes hinsichtlich des Wesens des vorgemerkten Rechtes

---

[11]) Vgl. Mot. S. 237ff.

eingenommen haben. Die verschiedensten gegenteiligen Meinungen wurden bei der Beratung vertreten. Aus ihrer Fülle seien einige angeführt; so wurde u. a. die Ansicht entwickelt, man habe nach Eintragung einer Vormerkung das Verhältnis so aufzufassen, wie wenn es als ein resolutiv bedingtes Recht eingetragen sei. Dagegen glaubten andere, man habe dabei vielmehr an eine Suspensivbedingung zu denken. Andere wieder wollten der Ansicht Geltung verschaffen, daß bei der Vormerkung dieselbe Wirkung wie bei einem bedingten Rechte anzunehmen sei[12]). Wieder andere glaubten durch Eintragung einer Vormerkung eine Rechtsposition zu schaffen, die der durch Eintragung eines Veräußerungsverbotes ähnelt; man habe es, meinten sie, mit einer Art qualifizierten Veräußerungsverbotes zu tun[13]). Andere wieder machten den Vorschlag, die Vormerkung als solche als ein eigenes dingliches Recht, eine dem Pfandrecht ähnliche Belastung des Grundstücks oder des Rechts an einem solchen anzusehen[14]). Jedenfalls ging, wie die Protokolle ergeben, die einheitliche Auffassung dahin, daß es unzulässig sein sollte, das vorgemerkte Recht als ein ius ad rem anzusehen[15]). Wir sehen die verschiedensten und widersprechendsten[16]) Meinungen nebeneinander auftreten, ohne daß man die eine oder die andere als zutreffend anerkannte.

2. Aus den Protokollen[17]) selbst geht hervor, daß man dort die Ansicht vertrat, daß die bei Einführung dieses In-

[12]) Prot. II. Komm. Bd. 3 S. 112.

[13]) a. a. O. Bd. 3 S. 112 u. 745.

[14]) a. a. O. Bd. 3 S. 740ff.

[15]) a. a. O. Bd. 3 S. 113ff.

[16]) Vgl. Neumann, JW. 1902 S. 454.

[17]) a. a. O. Bd. 3 S. 118.

stitutes derartig schwankenden und keineswegs festgegründeten Ansichten für die Wissenschaft und das Schrifttum durchaus nicht als bindend anzusehen seien, ja es nicht einmal durften. „Welche Auffassung theoretisch als die richtige anzusehen sei", die Frage wolle man offen lassen. Nach alledem kann es nicht wundernehmen, daß in der nachfolgenden Literatur der Streit über Wesen und Wirken des Instituts nur um so heftiger losbrechen mußte; eben weil man offenbar — wie die oben zitierte Auslassung der Protokolle erweisen dürfte — die theoretische Lösung der Frage der Wissenschaft überlassen hat. Wie sich die Wissenschaft zur Frage der Begriffsbestimmung der Vormerkung stellt, soll im folgenden kurz erörtert werden. Im allgemeinen ist davon auszugehen, daß nur solche Rechte vorgemerkt werden können, die ihre Erfüllung in einer endgültigen Eintragung finden können. Der Vormerkung wird von den meisten Schriftstellern dingliche Wirkung beigelegt; wie jedoch diese dingliche Wirkung zu denken und zu begründen ist, das unterlassen die meisten auszuführen. Neumann[18]) stellt fest, daß die Vormerkung weder selbst zum dinglichen Rechte ausgestaltet sei, noch auch den gesicherten Anspruch in ein dingliches Recht umwandle. Biermann[19]) faßt seine Ausführungen über das Wesen der Vormerkung zusammen, indem er sie als ein positives Gebilde eigener Art ansieht, das weder einem übergestellten Begriffe untergeordnet, noch durch Analogien erklärt werden kann; er definiert sie als einen Grundbuchvermerk, der die Verwirklichung gewisser An-

[18]) Anm. IIIff. zu § 883.

[19]) S. 184.

sprüche in dinglicher Weise sichere. Planck-Strecker[20]) versteht unter Vormerkung ein formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur, welches Ähnlichkeit mit dem Veräußerungsverbot haben soll. Jedoch unterscheiden sich Vormerkung und Veräußerungsverbot so wesentlich voneinander, daß sie in einen inneren Zusammenhang miteinander nicht gebracht werden können. Denn Ansprüche, die unter § 883 Abs. 1 fallen, können sowohl durch Vormerkung als auch durch Veräußerungsverbot geschützt werden, während vom Veräußerungsverbot allein nicht nur obligatorische, sondern auch dingliche gesichert werden können. Veräußerungsverbote verdanken ihre Entstehung lediglich einer einstweiligen Verfügung, während Vormerkungen auch eingetragen werden können, wenn der durch sie betroffene Teil sie bewilligt. Auch bei der Entstehung durch einstweilige Verfügung unterscheiden sich die beiden wieder dadurch, daß bei der Vormerkung die Eintragung ins Grundbuch erfolgt, während beim Veräußerungsverbot die einstweilige Verfügung dem Gegner zugestellt werden muß. Es kann also bei einer derartig starken Verschiedenheit der beiden Begriffe nicht zweckdienlich sein, daß die Planck-Streckersche Analogie angewendet wird. Andere Schriftsteller, wie Dernburg[21]) und Endemann[22]), fassen die Vormerkung als ein ius ad rem auf. Jedenfalls sollte nach Auffassung des Gesetzgebers diese Auslegung der Vormerkung, wie bereits schon oben wiedergegeben, ausgeschlossen bleiben[23]). Am weitgehend-

[20]) § 883 Bem. 2.

[21]) III § 63, 3.

[22]) II § 65 Ziff. 5 u. 6.

[23]) P. II Bd. 3 S. 113ff.

sten ist wohl Othmer[24]), der die Behauptung aufstellt, daß durch die Eintragung einer Vormerkung die entsprechenden Rechtsänderungen in unbedingter Weise herbeigeführt werden. Ist erst einmal der Anspruch auf Übereignung vorgemerkt, so wird der Gläubiger Eigentümer. Zwar ist im Augenblick noch der bisherige Eigentümer eingetragen; aber diese seine Eintragung hat keine weitere Bedeutung als jede andere, die nicht in Übereinstimmung mit der wirklichen Rechtslage steht. Außer der Anwendbarkeit des § 891 BGB. hat die Vormerkung dieselben Wirkungen wie die definitive Eintragung. Sein Irrtum beruht darauf, daß er das Wesen der Vormerkung aus ihren akzidentiellen Wirkungen erkennen will, während der § 883 BGB. für ihn, wie er S. 68 sagt, „jede Bedeutung verliert". Die Theorie führt zu der Konsequenz, daß der zur Geltendmachung dinglicher Ansprüche befugt wäre, der erst einen Anspruch auf den Erwerb eines dinglichen Rechtes hat, ein Satz, der sich mit dem Sachenrecht des BGB. niemals in Einklang bringen läßt. Eine starke Anlehnung an Othmer verrät Vervier mit seiner Ansicht, daß der persönliche Anspruch durch die Vormerkung in ein dingliches Recht umgewandelt würde kraft einer „Transsubstantiationswirkung" der Vormerkung; indessen hebt Vervier S. 79ff. ausdrücklich hervor, daß er eine von Othmer verschiedene Auffassung vertrete.

C. 1. Zu der Frage, ob die Vormerkung ein Recht im Sinne von § 892 ist, nimmt das Schrifttum ziemlich eindeutig Stellung. Soergel[25]) nimmt an, daß die Vorschrift des § 892

---

[24]) S. 67.

[25]) § 892 Anm. 1.

nicht für den gesetzlichen und vollstreckungsweisen Erwerb eines dinglichen Rechtes gilt, sondern nur zugunsten des rechtsgeschäftlichen wirkt; auch für den Erwerb einer bloßen Vormerkung gilt sie nicht, denn diese ist kein Recht im Sinne von § 892. Er bezieht sich hierbei auf KG. OLG. Bd. 1 S. 411[26]). Denn der Schutz des § 892 gilt dem Erwerb von Rechten an einem Grundstück, die von Rosenberg a. a. O. genau bezeichnet werden. Es sind dies das Eigentum und die beschränktdinglichen Rechte: Erbbaurecht, Grunddienstbarkeit, Nießbrauch, beschränkt persönliche Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallast, Hypothek, Grund- und Rentenschuld. Das gleiche gilt für Rechte (außer beim Erbbaurecht nur Nießbrauch und Pfandrecht) an einem solchen Recht. Othmer[27]) führt wohl als hauptsächlichster Vertreter der Ansicht, daß die Vormerkung als eine Art dingliches Recht anzusehen ist, aus, daß Vormerkungseinträge den Schutz der publica fides finden, d. h. sie werden, da sie seiner Ansicht nach die von § 892 erforderten dinglichen Rechte an einem Grundstück darstellen, zugunsten ihres Erwerbers für richtig angesehen, wenn sie durch Rechtsgeschäft erworben sind. Zusammenfassend schreibt er folgendes[28]): „Festzustellen wäre von uns, daß durch Rechtsgeschäft ein Recht erworben wird. Nach der hier vertretenen Konstruktion trifft das zu, denn das, was erworben wird infolge der der Eintragung entsprechenden Vormerkung bzw. der besonderen Art der Eintragung, genannt Vormerkung, ist Recht auf Grund eines

---

[26]) Vgl. auch Planck-Strecker § 892 Anm. 4 und Rosenberg § 892 I, 1a B.

[27]) a. a. O. S. 87 ff.

[28]) a. a. O. S. 88.

Rechtsgeschäftes erworben, nämlich desjenigen Geschäftes, welches den Anspruch erzeugte. Das hat gemäß § 892 zur Folge, daß, wenn für jemanden ein Anspruch vorgemerkt wird, zu seinen Gunsten der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt." Der von Othmer gezogene Schluß steht und fällt natürlich mit der Theorie, daß die Vormerkung eine Art dingliches Recht darstellt. Wenn man dies mit der herrschenden Lehre ablehnt, so kann man auch die Othmersche Konstruktion nicht anerkennen. Auch Biermann[29]) prüft die Frage, inwieweit die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auf die Vormerkung Anwendung finden und kommt zu dem Ergebnis, daß der Schutz des Publizitätsprinzips des § 892 deshalb keine Anwendung finden könne, weil § 892 sich nur auf ein dingliches Recht bezieht, als welches er die Vormerkung nicht ansieht. Philipsen[30]) schließt sich der Meinung Biermanns an und will den Grundsatz des öffentlichen Glaubens nicht zugunsten der Vormerkung gelten lassen, da dieselbe kein Recht am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte sei, welche Ansicht denn auch der Entscheidung des Kammergerichts[31]) entspricht. Nach § 885 Abs. 1 gibt es zwei Arten von Vormerkungen, die auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragene, und diejenige, deren Eintragung auf grund der Bewilligung des durch die Vormerkung Betroffenen erfolgt ist. Die §§ 892, 893 gewähren den Schutz der publica fides tabulae nur, wenn es sich um rechtsgeschäftlichen Erwerb handelt. Daher kann auch der öffentliche Glaube des

[29]) a. a. O. S. 188 ff.

[30]) a. a. O. S. 66.

[31]) KG. N. F. Bd. 2 A S. 289.

Grundbuchs niemals dem zustatten kommen, für den eine Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragen worden ist. Ist jedoch die Eintragung der Vormerkung auf grund der Einwilligung des von ihr Betroffenen erfolgt, dann ist die Erteilung dieser Bewilligung unbedingt als „Rechtsgeschäft" anzusprechen [32]). Trotzdem ist die Anwendungsmöglichkeit des § 892 hierdurch noch keineswegs ausgesprochen. Diese Bestimmung von der publica fides (§ 892) hat nur unter der Voraussetzung, die sie selbst angibt, Anwendungsfähigkeit, wenn nämlich jemand „ein Rechtsgeschäft an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte" erwirbt. Hier führt nun Strohal [33]) aus, daß sich nach dem Sprachgebrauch des BGB. für den Vorgemerkten ergibt, daß seine Rechtsstellung aus der Vormerkung nicht gleich einem „Recht an einem Grundstück oder einem Recht an einem solchen Rechte" im Sinne des § 892 ist. („Der Sprachgebrauch des BGB. und nicht die begriffliche Erörterung ist hier das Entscheidende. Für jenen aber ist ganz besonders das Verhältnis von § 892 zu § 893 maßgebend. Aus § 883 ergibt sich nämlich, daß unter den Rechten an Grundstücken und den solche Rechte belastenden Rechten nur Rechte verstanden werden, hinsichtlich deren ein Anspruch auf Rechtseinräumung durch Vormerkung gesichert werden kann. Da

---

[32]) Die Zulassung einer Vormerkung auf Grund einer Bewilligung des Betroffenen enthält eine Durchbrechung des in § 137 ausgesprochenen Grundsatzes, wonach die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht durch Rechtsgeschäft nicht beschränkt werden kann; denn die Wirkung der Vormerkung ist eine Verfügungsbeschränkung gegen den Bewilligenden (vgl. Staudinger-Kober § 883 Anm. I, 3f.).

[33]) a. a. O. S. 10.

man nun einen Anspruch auf Bewilligung einer Vormerkung zweifellos nicht durch Vormerkung sichern kann, so kann auch die aus einer Vormerkung für den Vorgemerkten sich ergebende Rechtsstellung nicht ein Recht an einem Grundstück oder an einem ein Grundstück belastenden Rechte sein. Die bücherliche Eintragung dieser Rechte kann nur durch endgültige Eintragung erfolgen. Für die Rechtsposition des Vorgemerkten ist es dagegen wesentlich, daß sie immer nur auf einer vorläufigen Eintragung beruhen kann; denn eine endgültige Eintragung einer Vormerkung gibt es nicht.")

Aus den oben gemachten Ausführungen ergibt sich nunmehr zweifelsfrei, daß eine Anwendung des § 892 nicht in Betracht kommt, so daß also der öffentliche Glaube des Grundbuchs gemäß diesem Paragraphen nicht für den Vormerkungsberechtigten ficht.

2. Indessen bleibt zu prüfen, ob die Bewilligung einer Vormerkung nicht unter die Bestimmungen des § 893 fällt, ob sie nämlich nicht als ein Rechtsgeschäft anzusehen ist, das eine Verfügung über das Recht — das Eigentum — enthält.

a) „Der Begriff der Verfügung, der hier in Betracht kommt, wird", wie das Reichsgericht Bd. 90 S. 397 zutreffend ausführt, „im Bürgerlichen Gesetzbuch an einer ganzen Reihe von Stellen, namentlich in Verbindung mit dem Begriffe des „Gegenstandes" — Verfügung über einen Gegenstand — verwertet, aber nirgends seinem Inhalte nach bestimmt. Dafür, was in § 893 unter Verfügung verstanden wird, ist aber aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ein Anhaltspunkt zu entnehmen. In dem ersten Entwurfe zum Bürgerlichen Gesetzbuch war der § 838, welcher dem § 893 des Gesetzes entspricht, wie folgt gefaßt: „Die Vorschriften des § 837 finden

entsprechende Anwendung, wenn ein gegenüber dem Berechtigten vorzunehmendes Rechtsgeschäft gegenüber demjenigen vorgenommen wird, welcher als Berechtigter in das Grundbuch eingetragen ist, oder wenn der letztere ein die Änderung des eingetragenen Rechtes unmittelbar bezweckendes Rechtsgeschäft gegenüber einem Dritten schließt, insbesondere wenn an ihn eine Leistung erfolgt, welche der Berechtigte auf Grund des eingetragenen Rechtes zu fordern hat." Die Kommission zur 2. Lesung des Entwurfes erklärte sich mit der Vorschrift des § 838 sachlich einverstanden und überwies der Redaktionskommission einen dazu gestellten Antrag, der den Paragraphen wie folgt fassen wollte: „Die usw. finden entsprechende Anwendung, wenn derjenige, für welchen ein Recht eingetragen ist, auf Grund der Eintragung eine Leistung empfängt oder eine Willenserklärung zum Zwecke einer Rechtsänderung außerhalb der Stelle des § 828 (837) abgibt oder eine solche ihm gegenüber abgegeben wird"[34]). Durch die Kommission ist dann die jetzige Fassung in das Gesetz gekommen. Es kann deshalb nicht zweifelhaft sein, daß der Gesetzgeber unter einem Rechtsgeschäfte, das eine „Verfügung" über das Recht enthält, ein solches verstanden wissen will, das eine Änderung des Rechtes an einem solchen Rechte unmittelbar bewirkt oder doch bezweckt. Diese Auffassung stimmt auch im wesentlichen überein mit der Bestimmung, die dem Begriffe der Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Rechtslehre gegeben wird[35]).

---

[34]) Prot. Bd. 3 S. 86.

[35]) Lit.: Dernburg Bd. 1 S. 284; Planck Bd. 1 Vorbem. zu I Abschn. 3 Erläut. VII, 4 S. 233; Sohm, Der Gegenstand S. 7 und Arch.-BürgR. Bd. 28 S. 192.

Das wesentliche Merkmal eines Verfügungsgeschäftes muß sonach in der unmittelbaren Einwirkung des Berechtigten auf das Recht erblickt werden, durch das dieses, sei es in seinem Bestande oder in dem Verhältnis des Berechtigten zu ihm, eine Veränderung irgend welcher Art erleidet, im Gegensatz zu den bloßen Verpflichtungsgeschäften, durch welche nur die Rechtslage einer Person im Verhältnis zu einer anderen geändert wird. Als Beispiele von Verfügungsgeschäften über Rechte an Grundstücken, die nicht unter § 892 fallen, werden in der Rechtslehre angeführt der Verzicht, die Kündigung, die an oder von demjenigen, für den ein Recht an dem Grundstück eingetragen ist, oder an oder von demjenigen, der als Eigentümer eingetragen ist, erfolgt, sowie die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung[36]).

b) Unbedingt beachtlich und zu überprüfen ist vorerst die Ansicht der Gegner der Auffassung, daß die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung eine Verfügung darstellt. Ein Zweifel über das Wesen der Verfügung besteht bei keinem Schriftsteller; die einzelnen bedienen sich sogar häufig der gleichen Definition, nur wenige weichen von dem genauen Wortlaut ab, um die Wesensart der Verfügung präziser zu charakterisieren, wodurch sich aber in manchen Fällen gerade Verwirrungsmöglichkeiten ergeben. Ebenfalls herrscht Einigkeit darüber, daß, wenn man den Verfügungscharakter untersuchen will, man von vornherein die durch einstweilige Verfügung entstandene Vormerkung aus dem Kreis der Betrachtung auszuschließen habe. Denn die so entstandene Vormerkung beruht nicht auf Rechtsgeschäft, und nur eine solche

---

[36]) Vgl. Planck, BGB. 4. Aufl. zu § 883 Erl. 2a. E. S. 183.

soll hier geprüft werden. Biermann[37]) anerkennt die allgemein gegebene Definition von der Verfügung und stellt als ihren Gegensatz solche Rechtsgeschäfte auf, durch welche nur obligatorische Verpflichtungen erzeugt werden. Er gibt zu, daß diejenigen, die die Vormerkung für ein bedingtes dingliches Recht halten, im Recht sind, wenn sie ihre Bewilligung für eine Verfügung ansehen. Bei ihnen rechtfertige sich die Anwendung des öffentlichen Glaubens auf die Bewilligung einer Vormerkung naturgemäß bereits durch die Bezugnahme auf § 892[38]). Auch müsse man zu dem gleichen Resultat kommen, wenn man die Vormerkung der Sicherungshypothek gleichstellt. Jedoch werde die Verfügungsnatur der Vormerkung schon dann zweifelhaft, wenn man die Ansicht teile, die er in seinem Werke („Widerspuch und Vormerkung") aufstelle. Denn dann spricht mehr gegen als für die Annahme einer Verfügung. Unzweifelhaft stelle die Begründung des durch die Vormerkung zu sichernden Anspruchs keine Verfügung dar, denn dieser Anspruch wäre ein rein obligatorischer. Da nun die Vormerkung ganz darin aufginge, die Verwirklichung dieses Anspruchs zu sichern, und keinerlei Selbständigkeit ihm gegenüber besäße, so erscheine es richtiger, ihr an dieser Stelle keine selbständige Bedeutung beizulegen, d. h. sie nicht im Gegensatz zur Qualifizierung des Anspruchs als Verfügung zu charakterisieren. Das aus der ZPO. § 898 gegen die Anwendung des Publizitätsprinzips auf die Vormerkung entnommene Argument spräche auch gegen die Anwendung des § 893 auf die Vormerkung. Danach wäre anzunehmen, daß auch § 893 den Erwerb der Vormerkung

[37]) S. 192 f.

[38]) Biermann, Sachenrecht, Komm. § 892 f. Anm. 6 b β S. 118.

nicht unter den Schutz der Publizität des Grundbuchs stellt. In seinem Sachenrechtkommentar[39]) gibt Biermann die von ihm vertretene eben dargestellte Ansicht auf, denn es ist ihm nunmehr doch zweifelhaft, ob nicht z. B. die Bewilligung einer Hypothekenvormerkung durch den als Eigentümer Eingetragenen doch als Verfügung über das Eigentum aufzufassen, die Bewilligung einer Löschungsvormerkung durch den als Hypothekengläubiger Eingetragenen als Verfügung über die Hypothek anzusehen ist. Es ließe sich nicht von der Hand weisen, daß durch die Vormerkung das Recht des die Vormerkung Bewilligenden unmittelbar abgeschwächt und gemindert werde, insofern als der Berechtigte jetzt in der Verfügung über das Recht beschränkt sei. Das aber wäre gerade das Wesen der Verfügung, daß sie eine solche unmittelbare Einwirkung auf das Recht ausübe. Gegen die von Biermann in seiner Monographie aufgestellte Lehre wendet sich besonders auch Othmer[40]). Er führt B.s Endergebnis auf eine ungenaue Definition der durch die Literatur gegebenen Begriffsbestimmung der Verfügung zurück. Die Entscheidung der von B. aufgeworfenen Frage, welche bei der Terminologie des Gesetzes durchaus berechtigt erscheint, ob nämlich die für Verfügungen geltenden Vorschriften auf die Vormerkung Anwendung finden sollen oder nicht, hängt naturgemäß von der Vorfrage ab, welche Rechtsgeschäfte als Verfügung anzusehen sind. Biermann ist, wie bereits oben ausgeführt, der Ansicht, daß es sich um Rechtsgeschäfte handeln muß, „durch welche unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird. Den Gegensatz bilden solche Rechtsgeschäfte,

[39]) a. a. O. 3. Aufl. 1914 § 892 f. Erl. 6b β.

[40]) a. a. O. S. 103 f.

durch welche nur obligatorische Verpflichtungen erzeugt werden". In dieser Definition Biermanns ist, nach Othmer, das wichtigste Wort, nämlich „unmittelbar" nicht einwandfrei, da infolge der Bucheinrichtung den Parteien eine unmittelbare Einwirkung auf die betreffenden Werte meist versagt ist. Seiner Ansicht nach würde es daher richtiger sein, zu sagen: „Verfügungen sind diejenigen Rechtsgeschäfte, welche ohne Vermittlung eines weiteren Rechtsgeschäfts die Begründung, Übertragung, Änderung, Aufhebung eines Rechtes bewirken." Vom Standpunkt der von Othmer aufgestellten Konstruktion ist dann die Bewilligung einer Vormerkung als Verfügung aufzufassen. Er gibt aber auch zu, daß es konsequent wäre, wenn die Gegner seiner Ansicht die Bewilligung einer Vormerkung für keine Verfügung halten. Die Anwendungsmöglichkeit des § 893 Halbsatz 2 im Falle der ein Rechtsgeschäft darstellenden Eintragungsbewilligung des passiv Beteiligten lehnt RGRKomm. ab[41]) weil der Verfügungscharakter fehle. Denn der Vormerkungsbelastete trifft dadurch, daß er die Bewilligung zur Vormerkungseintragung erteilt, noch keine Verfügung über das Recht. Nach Ansicht von RGRKomm. wird nämlich durch die Vormerkung keine unmittelbare Rechtsänderung herbeigeführt, sondern der Eintritt einer Rechtsänderung nur vorbereitet, sozusagen werden nach gewissen Richtungen hin Sicherungsmaßnahmen getroffen. „Als Gegengrund kann nicht angeführt werden, daß, wenn nach § 883 Abs. 2 eine der Vormerkung entgegenstehende Verfügung insoweit unwirksam sei, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, auch eine nach der Vormerkung ein-

---

[41]) RGRKomm. § 883 Anm. 8.

getragene andere Vormerkung entsprechend unwirksam werden und daher die Vormerkung ebenfalls eine Verfügung sein müsse. Wenn nach der genannten Vorschrift eine Verfügung gegenüber der Vormerkung unwirksam ist, muß es erst recht auch die Vorbereitung einer Verfügung, sein und deshalb ist allerdings auch die spätere Vormerkung unwirksam." Hieraus die Folgerung zu ziehen, daß die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung eine Verfügung darstellt, weigert sich der RGRKomm. unerklärlicherweise. Ist daher die Bewilligung der Vormerkungseintragung keine Verfügung, dann läßt sich aus § 893 Halbs. 2 kein Schutz des öffentlichen Glaubens für die Vormerkung herleiten.

Erwähnenswert sind auch die von Philipsen[42]) aufgestellten Argumente, die er vorbringt, um die Biermannsche Meinung, daß die Vormerkung keine Verfügung im Sinne von § 893 ist, zu begründen. Aus § 893 könne nicht gefolgert werden, daß die Vormerkung an dem öffentlichen Glauben teilnimmt. Denn ist, wie schon Biermann[43]) annimmt, der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch ein rein persönlicher und die Vormerkung selbst nur ein Vermerk, der diesen Anspruch sichert, so könne man nicht annehmen, daß schon durch die Eintragung einer Vormerkung die dingliche Rechtslage geändert würde. Danach wäre die Bewilligung einer Vormerkung keine „Verfügung", und es würde ihr der Schutz von § 893 daher auch nicht zuteil werden[44]). Während weder die Vermutung des § 891 noch

[42]) S. 68 f.

[43]) S. 192 f.

[44]) Gleicher oder ähnlicher Ansicht: Oberneck S. 466; Dernburg III § 51 II, 9; Endemann II, 1 § 54 Anm. 17.

die Fiktion des § 892 in bezug auf den Anspruch Anwendung finden[45]), geht indessen die herrschende Meinung dahin, daß die Bewilligung einer Vormerkung als eine Verfügung im Sinne von § 893 aufzufassen ist. Strohal sieht, wie er in seiner verdienstlichen Schrift[46]) besonders überzeugend ausführt, in einem Rechtsgeschäft erst dann eine Verfügung, wenn durch dessen Perfektion eine unmittelbare Veränderung eines bestehenden Rechts erfolgt. Wenn auch durch Bewilligung der Vormerkung allein auf das Recht, welches durch die Vormerkung betroffen wird, noch keine Einwirkung vorgenommen wird, so muß trotzdem an dem Verfügungscharakter festgehalten werden. Ebenso wie hier tritt auch bei anderen Verfügungen, als da sind: Auflassung, Bewilligung der Eintragung, eines beschränkten Rechtes an einem Grundstück, Aufgabe eines eingetragenen Rechtes nach § 875 BGB., die dieser Verfügung eigentümliche Wirkung erst dann ein, wenn außer dem Verfügungsgeschäft auch noch die Eintragung ins Grundbuch erfolgt. Dabei muß die Frage, ob die Wirkung der auf Grund einer Vormerkungsbewilligung eingetragenen Vormerkung das charakteristische Merkmal der Verfügungswirkung, das ist unmittelbare Veränderung eines bestehenden Rechts, aufweist, bejahend beantwortet werden. Hier kann natürlich nur von einer Vormerkung die Rede sein, deren Vorhandensein durch das wirkliche Bestehen eines obligatorischen Anspruchs gegeben ist. Denn ein nicht entstandener oder jetzt schon erloschener Anspruch kann ja niemals die erforderliche Grundlage für eine rechtlich wirksame Vormerkung bilden. In ihrer Eigenschaft, die dingliche

[45]) Predari S. 113.

[46]) a. a. O. S. 18 ff.

Rechtslage des betroffenen Grundstücks zwar nicht momentan zu beeinflussen, aber doch für die Zukunft sicherzustellen, unterscheidet sich die bewilligte von der durch einstweilige Verfügung entstandenen Vormerkung nicht. Jedoch geht im Falle der Wirksamkeit der Vormerkung der späteren sachenrechtlichen Verwirklichung des Anspruchs schon eine Veränderung des durch die Vormerkung betroffenen Rechtes voran. Die unmittelbare Einwirkung der Vormerkung auf die Rechtsstellung des durch sie Betroffenen besteht gerade in der Abschwächung seines Rechts, in der Minderung seines rechtlichen Könnens[47]). Nun beruft sich Strohal auf Ungewitter, der wörtlich schreibt[48]): „Ich gehe aber noch weiter und sehe in der Bewilligung einer Vormerkung geradezu eine Verfügung im Sinne von § 893 BGB. . . . Es scheidet aus dem bisher unbeschränkten Eigentumsrecht infolge des Eintrags einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung mit dinglicher Wirkung die Befugnis aus, über das Grundstück in einer gegen den gesicherten Anspruch verstoßenden Weise mit Rechtswirkung gegen den Vorgemerkten zu verfügen. Gibt aber das Eigentum an einem mit einer Vormerkung belasteten Grundstücke nicht mehr die gleiche rechtliche Macht wie das Eigentum an dem durch eine Vormerkung nicht gebundenen Grundstück, so enthält die mit dem Eintrage der Vormerkung eintretende Beschränkung der an sich im Eigentum enthaltenen Machtbefugnis auch eine Änderung hinsichtlich des Eigentumsrechts und damit auch ‚eine Verfügung' im Sinne des § 893 BGB." Hätte die Vormerkung lediglich die eine Aufgabe, nämlich

[47]) Staudinger-Kober § 883 IV, 2.

[48]) Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 157.

den Rechtsbestand der obligatorischen Verpflichtung sicherzustellen, dann könnte der Vormerkungsbelastete ohne weiteres über das Recht so verfügen, daß die Verwirklichung des obligatorischen Anspruchs illusorisch würde. Nun hat aber die Vormerkung noch eine gewisse Sicherungswirkung, vermöge deren sie derartige Verfügungen des Rechtsinhabers zunichte macht; diese ergibt sich aus der Vorschrift des § 883 Abs. 2. „Ist durch die Vormerkung z. B. ein Anspruch auf Auflassung gesichert", heißt es bei Strohal[49]), „so kann der durch die Vormerkung Betroffene das Grundstück mit Wirkung gegenüber dem Vorgemerkten weder veräußern noch belasten. Geht der durch Vormerkung gesicherte Anspruch auf die Stellung eines beschränkten dinglichen Rechts oder auf Abtretung einer Hypothek oder Grundschuld, so vermag der durch die Vormerkung Betroffene im ersten Falle die dem Vorgemerkten gesicherte Rangstellung durch weitere Verfügungen nicht zu beeinträchtigen, und kann er im zweiten Falle sein Recht mit Wirksamkeit gegenüber dem Vorgemerkten weder einem anderen übertragen, noch auf Grund desselben für sich die Befriedigung erlangen." Es muß also eine unmittelbare Einwirkung auf das Recht des Betroffenen festgestellt werden, weil dieses nach der Richtung seiner Veräußerlichkeit eine empfindliche Hemmung im weitesten Sinne erfährt. Es haftet der Rechtsmacht des Betroffenen kraft der Vormerkung die Schwäche an, die Predari[50]) „relative Unwirksamkeit" nennt, weil sie nur so weit reicht, als erforderlich ist, um das vorgemerkte Recht zu schützen.

---

[49]) a. a. O. S. 22.

[50]) S. 107.

Nun versetzt die Vormerkung außerdem noch den Vorgemerkten in die Lage, von dem Passivbeteiligten ohne Berücksichtigung anderer Gläubiger die Herbeiführung einer endgültigen Rechtsänderung zu fordern, selbst dann, wenn der Schuldner in Konkurs geraten ist, entsprechend § 24 KO. Es tritt also zu der Verminderung des rechtlichen Könnens noch ein, Dritten gegenüber wirksames, rechtliches Müssen des Passivbeteiligten hinzu.

„Hiermit ist erwiesen", hebt Strohal[51]) hervor, „daß das im vorstehenden genauer bezeichnete Recht des durch die Vormerkung Betroffenen schon infolge der Vormerkung nach doppelter Richtung hin eine Veränderung in peius erfährt, und damit zugleich, daß die Bewilligung einer Vormerkung eine durch Eintragung im Grundbuch zur Perfektion gelangende Verfügung im Sinne des § 893 ist. Liegen auch die weiteren Voraussetzungen des § 893 vor, so scheint also dem Vorgemerkten der Schutz des grundbuchrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips nicht versagt werden zu können"[52]). Der Einwand, die Bewilligung der Vormerkung sei so wenig eine Verfügung wie die Hinterlegung einer beweglichen Sache, um anderweitige Verfügungen darüber auszuschließen (so Neumann[53])), ist unrichtig. Denn dadurch, daß die Vormerkung anspruchswidrige Verfügungen wirkungslos macht (§§ 883 Abs. 2, 888), hindert sie diese, keineswegs aber werden durch die Hinterlegung anderweitige Verfügungen gehindert, denn es bleibt dann doch noch die Möglichkeit,

---

[51]) a. a. O. S. 24.

[52]) Ebenso Predari S. 113; Kretzschmar, Sachenrecht § 893 Erl. 2 c; Kober § 883 IV, 2 und V, 3 c; Warnecke, Komm. II S. 55.

[53]) Komm. z. BGB. 1912 I, 1 zu § 885.

die Eigentumsübertragung oder Belastung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§§ 931, 1032, 1205) vorzunehmen. Es kommen deshalb die Normen über Verfügungen auf die Bewilligung der Vormerkung zur Anwendung[54]).

In der Judikatur ist zu dieser Frage nicht sonderlich oft, dafür aber auch hier wieder sehr eindeutig Stellung genommen worden. So hat sich das Kammergericht in seinem Urteil vom 8. Januar 1925[55]), wo es die Feststellung macht, daß grundsätzliche Entscheidungen höherer Gerichte, soweit sich ermitteln läßt, bis dahin nicht ergangen sind, dazu geäußert und sich für die Anwendbarkeit des § 893 entschieden. Es ist danach im Sinne von § 893 „Verfügung" ebenso zu verstehen wie sonst im BGB., nämlich so wie das Reichsgericht in RG. Bd. 90 S. 398 und in ständiger Rechtsprechung. Denn die Bewilligung einer Vormerkung lasse sich in die dort gegebene Begriffsbestimmung ohne weiteres einfügen, wenn man berücksichtigt, daß bei der Verfügung das wesentliche Merkmal die unmittelbare Einwirkung des Berechtigten auf das Recht selbst bildet, im Gegensatz zu dem nur obligatorisch wirkenden Verpflichtungsgeschäft. Ihr Zweck ist, den Betroffenen über das Ziel rein schuldrechtlicher Verpflichtungsgeschäfte hinaus, sachenrechtlich insoweit zu binden, „als der Bewilligende rechtlich gehindert werden soll, über das von der Vormerkung betroffene Grundstück oder Recht solche Verfügungen wirksam zu treffen, durch welche der vorzumerkende Anspruch vereitelt oder beeinträchtigt würde; sie bezweckt ferner einen dinglichen Rechtserfolg insofern,

---

[54]) Vgl. Rosenberg, Sachenrecht 1919 S. 336.

[55]) JR. 1925 II Nr. 214.

als für das Recht, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, der dingliche Rang im voraus gesichert werden soll" (§ 883 Abs. 2 u. 3). Es muß zur Erreichung dieser Zwecke, zur Vollendung der Rechtsänderung, noch die Eintragung zu dem rechtsgeschäftlichen Verfügungsakt hinzutreten; dies ist eine allen rechtsgeschäftlichen Verfügungen im Liegenschaftsverkehr gemeinsame Wirkungsvoraussetzung [56]). Dieser Stellungnahme hat sich erst jüngst auch das OLG. Breslau mit ungefähr derselben Begründung in einer Aufwertungsentscheidung angeschlossen, die in „Rechtsprechung in Aufwertungssachen" [57]) veröffentlicht ist. Nach all den oben gemachten Ausführungen kann man feststellen, daß eine Vormerkung dann gutgläubig erworben wird, wenn der nicht berechtigte Bucheigentümer einem gutgläubigen Dritten eine Vormerkung für einen später zu perfektionierenden Verkauf eines Grundstücks bewilligt.

c) Es fragt sich nunmehr, welche Rechtsfolgen sich an den Erwerb dieser Vormerkung knüpfen. Wie aus den obigen Darlegungen hervorgeht, wird von der herrschenden Lehrmeinung der Standpunkt vertreten, daß es sich bei der Bewilligung einer Vormerkung um ein Verfügungsgeschäft handelt. Die Feststellung war notwendig, um zu beweisen, daß bei einer konsentierten Vormerkung dem Vorgemerkten die publica fides des Buches zustatten kommt. Fraglich ist jetzt der Zeitpunkt, von dem ab der Schutz für den Vorgemerkten, der sein Recht von einem Nichtberechtigten herleitet, wirkt, den das Prinzip der grundbuchrechtlichen Öffentlichkeit verleiht. Nimmt man an, daß der Vorgemerkte die

[56]) RGRKomm. 5. Aufl. § 873 Anm. 8.

[57]) S. 307.

Nichtberechtigung des der Vormerkung Zustimmenden nicht kannte, sie auch aus dem Buche in keiner Weise hervorging zu der Zeit, als für ihn die Vormerkung eingetragen wurde, dann fällt die Gutgläubigkeit, die zum endgültigen Erwerbe notwendig ist, mit derjenigen zusammen, die beim Erwerb der Vormerkung vorlag. Denn die normale Wirkung, die den Vorgemerkten soweit schützen will, als es bei Entstehung der Vormerkung möglich war, kann nach Wolff[58]) zuweilen noch infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs erhöht werden. War danach der, der sich zur Rechtsänderung gültig verpflichtete, nicht der wahre Berechtigte, jedoch als solcher im Grundbuch eingetragen, so taucht die Frage auf, ob der gutgläubige Erwerber, dem eine Vormerkung bewilligt ist, den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch auch demjenigen gegenüber durchsetzen kann, der zwar nicht eingetragen, jedoch der wahre Berechtigte ist. Ist diese Vormerkung eine konsentierte, so bejaht Wolff am angeführten Orte dies, lehnt es bei einer arrestatorischen ab, „denn die Bewilligung einer Vormerkung durch den Buchberechtigten (und nur sie) stellt eine rechtsgeschäftliche Verfügung über das Liegenschaftsrecht dar, fällt also unter § 893“[59]). Rosenberg[60]) preßt diese Ansicht zu folgender kurzen Definition zusammen: „Die Vormerkung ist ein Grundbuchvermerk zugunsten der in § 883 genannten Ansprüche, der die Erfüllbarkeit des geschützten Anspruches so sicher stellt, wie sie zur Zeit der Entstehung der Vormerkung bestand.“ Das von Wolff gebildete Beispiel, wo der als Eigentümer

[58]) Sachenrecht § 48 IV S. 135.

[59]) Gleicher Ansicht Strohal S. 21 ff.; Planck-Strecker S. 183

[60]) a. a. O. S. 336.

fälschlich eingetragene B das dem E gehörige Grundstück an A verkauft und den Anspruch des A durch Vormerkung zu einer Zeit, als A die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht kannte, gesichert hat, wird von ihm, entsprechend seiner und der oben vertretenen Ansicht, so gelöst, daß das Grundbuch zugunsten des A als richtig gilt. Es würde daher dem A, falls er bei Auflassung des Grundstücks des B dessen Nichtrecht kennt, dieses nichts schaden, vielmehr wäre eine Grundbuchberichtigung, die nach der Vormerkung erfolgt, dem Vorgemerkten gegenüber unwirksam[61]). Der Einwand, daß diese Ansicht die bewilligte Vormerkung anders behandele als die Vormerkung aus einstweiliger Verfügung und zu einem Dualismus führe so (Endemann[62]) und Voß[63])), ist nicht stichhaltig; denn es steht ja nur eine Voraussetzung der Entstehung der Vormerkung in Frage, nicht eine Wirkung von ihr. Wird also der Vorgemerkte als Eigentümer eingetragen, so ist nicht erst dieser Zeitpunkt für die Eintragung maßgebend, sondern dann gilt der solchenfalls als Eigentümer Eingetragene für die Verhältnisse des Grundbuchs schon vom Augenblick der Vormerkungseintragung als Eigentümer[64]). Lippmann[65]) stellt die Fiktion auf, daß der Zeitpunkt, an dem eine Vormerkung eingetragen ist, deshalb als entscheidend zu setzen sei, weil durch die Eintragung das betreffende Recht entstünde bzw. als ursprünglich entstanden gelte. Damit

---

[61]) Ebenso Rosenberg, Sachenrecht S. 336 ff.; Crome III S. 185; Strohal a. a. O. S. 31.

[62]) a. a. O. § 65.

[63]) Jherings Jahrb. Bd. 60 S. 349.

[64]) Vgl. Lippmann in Jherings Jahrb. Bd. 54 S. 161.

[65]) a. a. O. S. 141.

soll der Rang des endgültigen Rechts festgesetzt werden. Endemann[66]) legt der Vormerkung ein „Wartrecht“ bei, um damit den Zweck der Vormerkung zum Ausdruck zu bringen, daß sie nämlich den Rang des später einzutragenden Rechtes hält, so daß dieses dann als dort eingetragen gilt, wo früher die Vormerkung stand. Daß der gute Glaube beim Erwerb so beurteilt wird, wie er vorlag, als die Auflassung zwecks Vormerkung eingetragen wurde, und nicht erst zur Zeit der endgültigen Eintragung, es also auf die Gutgläubigkeit beim Kausalgeschäft ankommt und nicht auf die bei der dinglichen Erfüllung, hat auch in einer seiner letzten Entscheidungen das Breslauer OLG.[67]) festgestellt, die sich zwar auf einen Aufwertungsfall bezieht, jedoch hier analog angewendet werden kann. Dort hat jemand vor dem 1. Juli, der als Stichtag für die unbedingte Aufwertung gilt, ein Grundstück erworben und sich ebenfalls vor diesem Tage eine Auflassungsvormerkung eintragen lassen; die endgültige Eintragung ist jedoch erst nach dem fraglichen 1. Juli 1925 erfolgt, und nun soll dieser Beklagte die Aufwertung vornehmen. Mit Recht lehnt da das OLG. Breslau dies ab, weil es sich auf den Standpunkt stellt, daß der Kaufvertrag, auf den es letzten Endes ankommt, schon vor dem 1. Juli geschlossen wurde und es in solchem Falle unbillig wäre, „den guten Glauben des Erwerbers zu verneinen, der das Grundstück so erwerben wollte, wie er es im Kaufvertrage erworben hatte und wie es ihm durch die Auflassungsvormerkung gesichert worden ist“. Immer also ist der gute

---

[66]) a. a. O. II S. 415 ff.

[67]) Vgl. Rechtsprechung in Aufwertungssachen S. 307.

Glaube maßgebend, den der Vorgemerkte zur Zeit der Eintragung der Vormerkung hatte.

D. 1. Man kann beim Erlöschen der Vormerkung folgende Fälle unterscheiden: Der durch Vormerkung gesicherte Anspruch wird erfüllt, und es wird die endgültige Eintragung ins Grundbuch vorgenommen. Diese erfolgt dann nach den für die Eintragung des dinglichen Rechtes gegebenen Vorschriften[68]). Philipsen[69]) fügt nun dieser Möglichkeit noch die Fälle hinzu, wo die Vormerkung zu löschen ist, weil die definitive Eintragung nicht erfolgen kann oder weil die Parteien eine dingliche Sicherung dieses Anspruchs fallen lassen wollen. Bei dieser Klassifizierung bezieht er sich auf Biermann[70]), dessen Einteilung er dann auch teilweise übernimmt.

2. Entsprechend dem grundsätzlich herrschenden formellen Konsensprinzip erfolgt eine Löschung der Vormerkung dann, wenn Bewilligung und Beantragung des Vormerkungsberechtigten dem Grundbuchrichter vorliegen (§§ 13, 19 GBO.). Dann erlischt zwar die Vormerkung, nicht aber der durch sie gesicherte Anspruch selbst. Hat er zu Recht bestanden, dann bleibt er auch nach dieser Löschung weiter bestehen[71]).

3. Da die Vormerkung rein akzessorischen Charakter hat, so muß mit dem Anspruch auch die Vormerkung hinfällig werden. Geht also der Anspruch unter, sei es durch Annahme an Erfüllungsstatt, sei es durch Erlaß u. a., so er-

---

[68]) §§ 873 ff. BGB.

[69]) S. 75 ff. a. a. O.

[70]) Vorm. u. Widerspr. VIII § 22 S. 219 ff.

[71]) Biermann a. a. O. S. 219 und Philipsen a. a. O. S. 75.

lischt auch die Vormerkung. Ist sie dann nicht gelöscht, so ist das Grundbuch unrichtig geworden; in diesem Falle ist also die Berichtigungsklage aus § 894 BGB. gegeben. Hier sei nun auch noch des § 886 BGB. Erwähnung getan. Eine Einrede, durch die die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches dauernd ausgeschlossen wird, vernichtet den Anspruch nicht, sondern hemmt nur seine Geltendmachung dauernd durch ein Gegenrecht. Infolgedessen erlischt auch die Vormerkung noch nicht. Das Grundbuch ist in diesem Falle nicht unrichtig geworden. Infolgedessen ist der von der Vormerkung Betroffene nicht zur Berichtigungsklage legitimiert, jedoch steht ihm die Klage auf Beseitigung der Vormerkung gemäß § 886 BGB. zu. Diese Klage geht — das dürfte aus dem Gesetzestext folgen, sagt Philipsen a. a. O. — weiter als die Berichtigungsklage. Letztere erzielt nur Zustimmung, also ein Dulden der Löschung durch den Gläubiger, erstere jedoch positive Beseitigung, also ein Herbeiführen der Löschung durch den Vorgemerkten. Der Klageantrag würde hier also auf Verurteilung zur Bewilligung und Beantragung der Löschung lauten [72]). Es seien hier noch kurz die folgenden von Philipsen [73]) angeführten Fälle erwähnt.

4. Eine Vormerkung, deren Eintragung auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder eines vorläufig vollstreckbaren Urteils erfolgt ist, gelangt auch ohne Bewilligung des Berechtigten lediglich auf Antrag des Schuldners zur Löschung, wenn die einstweilige Verfügung oder das Urteil durch eine

---

[72]) Vgl. Biermann a a. O. S. 220; Planck Bem. 2 zu § 886.

[73]) a. a. O. S. 76.

vollstreckbare Entscheidung aufgehoben ist (§ 895 ZPO., § 25 GBO.).

5. Die von Amtswegen eingetragene Vormerkung wird auch ebenso wieder gelöscht, wenn diese Eintragung aus irgendeinem Grunde hinfällig wird (§§ 18 II, 76 II GBO.).

6. Schließlich kann ein Gläubiger, der seinen Anspruch gegen den Schuldner vermittels Vormerkung gesichert hat, entsprechend der Vorschrift des § 887 BGB. im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden. In diesem Falle erlöschen die Wirkungen der Vormerkung gemäß § 887 Abs. II schon mit der Erlassung des Ausschlußurteils und nicht erst, wenn die Vormerkung gelöscht ist. Die Herbeiführung der Löschung geschieht also im Wege der Berichtigungsklage (§ 894 BGB.)[74]). Der Anspruch selbst bleibt auch hier durch Erlöschen der Vormerkung unberührt.

[74]) Biermann a. a. O. S. 224.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 24. Dezember 1904 zu Beuthen OSchl. als Sohn des Kaufmanns Arnold Katz und dessen Ehefrau Hedwig geb. Brann. Ich besuchte nach dreijähriger Vorschulzeit seit April 1914 das Hindenburg-Gymnasium in Beuthen und bezog nach bestandener Reifeprüfung nacheinander die Universitäten Freiburg i. Br., Breslau, Würzburg und Breslau. Nach beendetem Studium bestand ich am Oberlandesgericht Breslau am 23. und 24. November 1927 die erste juristische Prüfung. Seit dem 18. Dezember 1927 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst in Beuthen OSchl.